

## 近年におけるオーストリア民事訴訟改革とその評価（2）

松村 和 徳

### 〔目次〕

- 第一章 序説 — オーストリア民事訴訟法研究の意義 —
- 第二章 オーストリア民事訴訟改革の歴史的変遷
- 第三章 近年におけるオーストリア民事訴訟改革とその評価
  - 第一節 近年のオーストリア民事訴訟改革の要因と目的
  - 第二節 一九七三年手続救助法による改革（以上創刊号）
  - 第三節 一九七九年消費者保護法による改革（本号）
  - 第四節 一九八三年民事訴訟法改正
  - 第五節 家族法関係事件をめぐる手続法上の改革
  - 第六節 一九八五年労働・社会裁判所法による改革
  - 第七節 一九八六年民事訴訟法改正及び訴額改正
  - 第八節 一九九〇年民事訴訟法改正
- 第四章 オーストリア民事訴訟改革からの示唆

### 第三節 一九七九年消費者保護法による改革

一九七三年の手続救助法<sup>\*</sup>につづいたのは、一九七九年の消費者保護法（BG von 8.3.1979, BGBl. 140）による民事訴訟改革である。この法律は、「隠れた」民事訴訟法改正と称され、後につづく本格的民事訴訟法改正作業の実質的始まりとなったものと言える。この消費者保護法によって、民事訴訟改革へつながっていった改正点は、(1)欠席判決に対する異議（Widerspruch）の導入、(2)消費者訴訟事件の管轄規制、(3)証書訴訟手続等における期間の統一化と被告の異議（Einwendungen）に関する同時提出主義の排除、(4)団体訴訟の導入などである。以下では、これらの改正点につき概説する。

\*筆者は、本誌創刊号二九頁以下において、このオーストリア法における法律扶助制度について概説し、わが国のこの分野での後進性を指摘した。そして、その改善を強く主張した。その後、わが国においても、法務省が、昨年十一月に、同省、日弁連、最高裁、法律扶助協会のそれぞれの代表と有識者で構成する法律扶助制度研究会を設置した旨の報に接した（読売新聞、平成六年十二月二〇日付）。比較法的に見て遅すぎる感は否めないが、見直しが着手された点が重要であり、一日も早い抜本的改善を期待したい。

#### 一 欠席判決に対する異議制度の導入

##### (1) オーストリア民事訴訟法における欠席判決制度

消費者保護法に基づく民事訴訟改革の中心となったのが、欠席判決に対する異議制度の導入である。これにより、オーストリア民事訴訟法の欠席判決システムは根本的に変更されることになったのであった。

そこで、この改正点を検討する前にまず、改正の対象となったオーストリア欠席判決システムを概観することに

する。オーストリア民法訴訟法は、手続の特定の段階において当事者の欠席に対する特別かつ非常に重い効果として、欠席判決制度を規定する。これは出席当事者の申立てに基づくものである。この効果は、オーストリア民法訴訟法における資料収集のための原則（協働主義<sup>(2)</sup>）とは相反するものであり、弁論主義からの帰結と解されている。<sup>(3)</sup>オーストリア民法訴訟法は、第三九六条乃至四〇三条において三種類の「欠席判決」を規定する。その中で、中心となるのが、三九六条と三九八条の欠席判決である。三九六条の欠席判決は、第一回期日の欠席を理由とするものである（区（簡易）裁判所については四四二条一項参照）。これら二つの欠席判決が、講学上、真正欠席判決（echtes Versäumnisurteil）と称される。

〔関連条文訳・一九九四年現在〕

（三九六条—試訳）

原告または被告が第一回期日に欠席するときには、訴訟物に関して出席当事者のなしうる事実上の陳述は、これが提出された証拠と抵触しない限りで、これを真実とみなす。かつ、出席当事者の申立により、これに基づき訴えの要求について欠席判決をもって裁判をなしうる。

（三九七条—試訳）

- (1) 欠席した当事者が提出した書面は、これを斟酌する必要はない。
- (2) 欠席判決は、放棄または認諾に関する判決と同様に、第一回期日において裁判長または第一回期日の開廷を命じられた受命裁判官によってこれをなすことを要する。

（三九八条—試訳）

- (1) 被告が答弁書を適時に差し出さなかったときには、原告は本案につき欠席判決の言渡し（三九六条）を申し立てることができる
- 近年におけるオーストリア民事訴訟改革とその評価（2）——松村

る。合議体の裁判長は、この申立てにつき弁論を指定することなしに、単独裁判官として八日以内に裁判をなすことを要する。三九七a条は、被告が第一回期日に弁護士によって代理されていなかったときは、これを準用することを要する。

(2)しかし、被告が第一回期日に、無訴権、管轄違い、訴訟係属および確定判決の抗弁を提出し、この抗弁につき弁論の分離が命じられたときには（二六〇条）、原告は抗弁の弁論の後に、本案につき欠席判決の言渡しを申し立てることができる。これらの抗弁について弁論が分離されなかった場合には、原告は、争訟的口頭弁論の期日指定のみを申し立てることができる。争訟的口頭弁論は、この場合には挙げられた抗弁にのみ制限される。抗弁が却下されたときには、原告の本案についての新たな申立てにもとづき即座に欠席判決（三九六条）をなすことを要する。

(3)指定された期日への被告の出席は、欠席判決の言渡しを妨げない。本案に関する被告の口頭陳述は、欠席判決が言い渡された場合には、斟酌する必要はない。

(4)原告の申立てに基づく指定期日の原告の欠席は、手続の休止を生ずる。被告は、欠席判決の言渡しも、本案についての弁論の開始の延期も申し立てることはできない。

#### （四四二条—試訳）

(1)当事者の一方が、二三九条に掲げられた訴訟行為の実施のため、もしくは争訟的口頭弁論の実施のために即座に、指定された最初の期日に欠席したとき、または被告が、二三九条の意味における先行した第一回期日後に争訟的口頭弁論の実施のために指定された最初の期日に欠席したときには、申立てに基づき欠席者に対して三九六条による欠席判決を言い渡すことができる。(2)しかし、欠席判決は、被告がすでに二三九条の意味における第一回期日に欠席し、かつそれに基づき下された欠席判決に対して三九七a条の異議を提起したときには、これを言い渡すことはできない。

(3)原告が、二三九条の意味における先行した第一回期日後に争訟的口頭弁論の実施のために指定された最初の期日に欠席したとき、または当事者の一方が後の期日に欠席したとき、および判決言渡しに際し（三九九条）、出席当事者によって差し出された準備書面の内容ないしはその従前の陳述および事実上の主張と抵触するもので、かつ相手方に期日前に準備書面によって通知されなかった、出席当事者の新たな事実上の陳述を斟酌すべきときには、この新陳述は、出席当事者の申立てに基づきこれを調書に確定することを要し、かつこの調書の謄本を通知して、欠席当事者を争訟弁論のために呼び出すことを要する。爾後、相手方がさらに欠席した場合には、判決の言渡しに際し調書に確定したる陳述を考慮することを妨げない。



もう一つが、三九九条による欠席判決である。これは、争訟的口頭弁論期日における欠席を理由としたものであるが、法律の文理上は、真の意味での欠席判決ではない（それゆえ、これは不真正欠席判決（unechtes Versäumnisurteil）と称される）。<sup>(4)</sup>というのは、この場合被告はすでに訴訟に参入しており、問題となっているのは、欠席の場合に前もって下される欠席判決であるからである。

#### 〔関連条文訳〕

##### （三九九条—試訳）

- (1) 適時に答弁書が差し出された後に、争訟的口頭弁論期日が指定され、当事者の一方がこの期日に、または後の争訟的口頭弁論のために指定された期日に欠席したときには、出席当事者はこの期日に判決の言渡しを申し立てることができる。判決の言渡しに際して、出席当事者によって差し出された準備書面の内容ないしはその従前の陳述および事実上の主張と抵触する、出席当事者の新たな事実上の陳述は、これが期日前に準備書面によって相手方に通知された場合に限り、これを斟酌することができる。これに対して、判決の言渡しの場合に、先行した証拠調べの結果のみならず、欠席当事者の事後的な陳述および事実上の主張もまた、後者が提出された準備書面、弁論調書およびその添付書類もしくは受命または受託裁判官の調書に記載される限りでまたは従前の期日に裁判所によって行われた証拠調べの対象となっていた限りで、これを斟酌することができる。
- (2) 第一回期日に無訴権、管轄違い、訴訟係属および確定判決の抗弁について訴訟係属が生じているときに、当事者の欠席を理由に本案判決の言渡しを申立てがなされる場合には、判決の言渡しは、この抗弁の却下後初めてこれをなすことができる。

これらの欠席判決に対する救済方法としては、オーストリア民事訴訟法上、まず控訴（Berufung）が可能である（四七一条五号参照）。さらに、欠席が予見できないまたは回避されない出来事であることを理由とする現状回復（Wiedereinsetzung in den vorigen Stand）（二四六条以下）ができる——一九八三年の改正によりこれはさらに要件を緩和された。この改正については、さしあたりFrauenberger, Wiedereinsetzung nach der ZPO bei verschuldeter Säumnis, OJZ 1992, S.113ff. 参照。そして、本稿で取り扱

う消費者保護法によって導入された異議（Widerspruch）が可能である（三九七a条）。問題となるのはこれらの不服申立方法の相互関係である。現在、一般には、これらの不服申立（救済）方法を当事者は自由に選択でき、重複的利用も可能であるとされる（後述）<sup>(6)</sup>。

## （2）改正の背景

従前、オーストリア民法訴訟における欠席判決システムの基本的意義は、欠席判決が時間、労力、経済面で最少限のコストでもって債務名義を取得できる点にあった<sup>(7)</sup>。また、この制度が、手続の集中化及び訴訟促進に寄与するものと考えられていたのは言うまでもない。しかし、欠席判決が誤りや不注意に基づいて下された場合には、実際の事実関係と合致しない判決を排除するための法的救済手段は不十分であった。また、法的専門知識のない者にとっては、期日に一度欠席したがために、事実合致しない判決に不服が言えないということは、實際上理解しえないことであつたのである<sup>(8)</sup>。とりわけ、当事者が交通手段の関係で時刻に遅れたり、呼出しを聞き漏らしたりあるいは裁判所の建物の勝手がわからず、遅れたりする場合にまで、欠席判決が下されるときは救済の必要性が考慮されたのである（この点がこの改正議論の対象であつた（BBS 531 参照）。なお、弁護士が当事者についている場合は別である）<sup>(9)</sup>。つまり、この場合には、従前の控訴および現状回復の申立てにより、十分な救済がなされなかつたのである（控訴の場合には、送達の際、欠席しなかつたこと、不当な法的判断が不服理由であり、現状回復の場合には、欠席が予見できないまたは回避されない出来事であることがその不服理由であり、これらの事情はこの二つの救済方法の不服理由とならなかつたのである。とくに、問題とされたのは、オーストリアの判例における「現状回復」事由の非常に限定的な解釈であつた—なお、この点は議論がある（後述）—。こうした認識が、消費者保護法によって導入された異議制度の出発点となつた。

## （3）改正内容

このような法的救済手段の不備に対して、消費者保護法は異議制度を導入した。これにより、当事者は、欠席判決の送達後二週間の期間内で異議権を有することになったのである。以下では、従来の欠席判決に対する不服申立方法たる「控訴」と「現状回復」とを対比させながら、異議制度を概観する。

#### 〔関連条文訳〕

##### （三九七a条—試訳）

(1) 三九六条により言い渡された欠席判決に対して、欠席者は、異議をなしうる。異議は準備書面をもって提起されねばならない。現状回復（一四六条以下）は、そのまま残る。被告により提起された異議は、二四三条二項により答弁書の内容として規定されたことを含むことを要する。被告は、第一回期日がその他の理由により（二三九条）終了した場合に留保していない限りで、新たな陳述をなすことができる。

(2) 異議期間は一日である。異議期間は延長できない。異議期間は、欠席者に欠席判決の正本が送達された日をもって始まる。

(3) 異議が時機に遅れて提出されたときには、受訴裁判所は決定をもってこれを却下することを要する。また、受訴裁判所は二四四条による新たな第一回期日を開くことなしに、これをなさねばならない。被告の異議は、この場合、適時に差し出された答弁書として取り扱うことを要する。欠席判決は、たとえ一七〇条によってこれについての指定された期日が実施されなくとも、争訟的口頭弁論の始めに、決定をもって取り消されなければならない。この判決の正本の送達は必要でない。この判決に対する上訴は許されない。

(4) 異議を提起した当事者は、その欠席及び異議に関する弁論によって生じたすべての費用の補償を負担しなければならない。

(5) 異議は、三項に掲げた決定の結果となるまではこれを取り下げることができる。この取下げについては、訴えの取下げの規定に従う。

##### （四四二a条—試訳）

(1) 四四二条一項による欠席判決に対しては、三九七a条による異議を提起することができる。

(2) 被告は、裁判所が四四〇条三項によりそこに含まれていることを書面で陳述することを彼に命じる場合にのみ、提起した異議の費用（三九七a条四項）の補償請求権を有する。

近年におけるオーストリア民事訴訟改革とその評価（2）——松村

① 異議制度の要件、手続、効果

この異議（三九七a条・三九八条一項後文、四四二a条一項）は、真正欠席判決（三九六条、三九八条、四四二a条一項）に対する最も簡易な救済手段である。また、異議は、占有侵害訴訟手続<sup>(10)</sup>における欠席決定に対してもなしうる<sup>(11)</sup>。この制度は、ドイツ法における現状回復（ドイツ民法二三三条）と故障（Befehl）（同三三八条）という欠席判決に対する不服申立方法を参照した（BBSG参照。とくに故障が参考にされた）が、若干の重要な相違があり、「裁判官による審査権を排除した現状回復」制度とか、「ドイツ法の故障とオーストリア法の現状回復の中間形態」の制度として特徴づけられるものである<sup>(12)</sup>。

この異議の申立てに際して、当事者は、異議理由を明確に示す必要はない（法は、これにつき何ら規定していない。「控訴」と「現状回復」の不服理由については前述参照）。当事者が欠席判決を了解していないことが分かればよく、明確に異議であることを示す必要もない。但し、異議は準備書面の形式で受訴裁判所に提起することを要する（その形式は三七五条以下による）——なお、弁護士訴訟の場合には、弁護士の署名が必要である。区裁判所でも同様である——。異議権者は、欠席当事者である。異議は、判決送達後一四日以内に提起しなければならない（三九七a条二項。「控訴」は欠席判決の送達から四週間（一九八三年改正）、「現状回復」は障害事由が消滅してから一四日以内に申し立てねばならない<sup>(13)</sup>）。異議期間を懈怠した場合に、現状回復の申立てをなしうる<sup>(14)</sup>。被告によって提起された異議（通常の事例）は、答弁書の内容を含まねばならない（三九七a条一項）。これは、手続の集中化を目的としたものである（なお、「控訴」の場合には、控訴請求、控訴理由、控訴の意思表示が内容に含まれねばならない。「現状回復」の場合には、現状回復理由、証明手段のすべて、同時に懈怠した訴訟行為の追完が内容に含まれねばならない）。また、区裁判所手続では答弁書を知らないが、このことは区裁判所の手続においても適用される（四四二a条一項参照<sup>(15)</sup>）。異議の管轄裁判所は、第一審（受訴）裁判所である（「控訴」の場合は、控訴審裁判所、「現状回復」の場合には

第一審裁判所が管轄裁判所となる。受訴裁判所は、異議の形式、内容の遵守並びに適法性、異議の正当性及び放棄の有無について審査する。異議が時機に遅れて提出された場合またはその他不適法な事由がある場合には、受訴裁判所は決定をもってこれを却下しなければならない。他の場合には、争訟的口頭弁論期日が指定されねばならず、原告側の異議の場合には、被告は答弁書を提出することを命じられる。欠席判決は、争訟的口頭弁論の始めに決定でもって取り消される（三九七a条三項）。この決定は、書面で作成される必要はない。また、取消しはできない。裁判所が欠席判決の取消しを怠り、本案につき弁論を実施し、新たな判決を言い渡した場合には、欠席判決の取消しをなすに実施された手続は無効とはならず、上訴裁判所によって欠席判決の取消しは職権で追完される<sup>(16)</sup>。なお、欠席及び異議手続によって引き起こされた費用は全額、異議者が負担する（三九七a条四項―区裁判所手続については四四二a条二項参照。「控訴」の場合は敗訴当事者が費用を負担する。「現状回復」の場合には、現状回復申立人が負担する）。

異議が適法に提起されると、欠席原因に関する（長期間に及ぶ）審理を経ることなく、自動的に欠席判決は取り消され、あたかも欠席判決が下されなかったかのように、手続は続行される（「控訴」の場合には、無効原因がある場合には、欠席判決は取り消され、手続の無効部分が更新される。法的判断が不当である場合には、変更される。「現状回復」の場合には、欠席判決は取り消され、第一回期日の欠席の場合には、第一回期日が繰り返される。現状回復の申立ては、手続続行を妨げない）。そして、新たな陳述が可能である。第一回期日欠席の場合には、期日は繰り返されない。欠席判決でもって、執行は開始できない。その限りでは、異議は延期効を有する。もっとも、消費者保護法は、補助措置（Bankende Maßnahme）として、相手方に異議でもって争われた欠席判決（金銭給付を内容とする）に基づき、新たな要件なしに（危険の証明や担保提供なしに）、請求権の剥奪の確定まで押収執行（*Exekution zur Sicherstellung*）<sup>(17)</sup>を実施する可能性を与えたのであった（執行法三七一条一号、三七三条参照）。<sup>(18)</sup>これは、この救済手段の濫用を防止するための手段とされている。なお、異議の取下げ及び放棄は可能である。

適用範囲については、すでに述べたように、異議は真正欠席判決を対象としたものである。問題となるのは、民訴法三九八条の欠席判決に対する異議の適法性である。三九八条一項後文によれば、民訴法三九八条の欠席判決に対する異議は、被告が第一回期日において弁護士によつて代理されなかつた場合にのみ適法とされている。問題は、二四三条四項により即座に書面による決定でもつて被告が答弁をなすよう命じられたが、それを怠り欠席判決が下された場合である。この場合の異議の適法性をめぐつて争いが存する。多数説は、<sup>(19)</sup>被告は、書面でもつて答弁を命じられる場合には、第一回期日で裁判官が口頭で答弁を命じた弁護士によつて代理されなかつた被告と同等の保護に値すること（立法理由も異議の三九八条による欠席判決への拡張をこの場合の事実状況の同等性でもつて理由づけていた）を理由に、この場合の異議を三九八条一項後文を類推適用して適法とする。これに対し、条文の文言からはこの欠席判決は異議でもつて争えないとしか解せないこと、訴訟に巻き込まれた被告は訴えによつて不意打ちを受けることはないし、また書面による答弁の命令を誤解することはほとんどないこと、さらに、多くの事件において訴えられた被告はすでに弁護士をつけ、協議をなしていることが通常であることを勘案すると、被告の保護はもはや問題にならないとして、異議の不適法を唱える見解も<sup>(20)</sup>有力に主張されている。

## ②他の不服申立て方法との関係

欠席判決に対する不服申立方法として、異議、控訴及び現状回復のうちどれを使用するかは、当事者の自由である。問題は、重複して使用できるかである。三九七a条一項により、異議と現状回復の重複的使用は認められている。その他の場合には、この問題は、当事者に不服申立方法の選択権が帰属するか否かに左右される。一般に、法律で禁止されていないかぎり、不服申立方法の重複的使用は認められている。<sup>(21)</sup>したがつて、異議と控訴の重複的使用も認められる。異議と控訴の場合には、申立期間の相違を注意しなければならない。また、無効原因が存在する

かまたは訴えに一貫性を欠く場合には、控訴の場合には本案判決に至りうるので、控訴が優先される<sup>(22)</sup>。異議と現状回復の場合には、異議理由を必要としない点で、異議が有利である。また、費用に関して、現状回復の場合には常に申立人が負担する点も考慮が必要である。しかし、異議の場合には、第一期日ないし答弁書で留保した抗弁を怠った場合には、もはやもう一度主張することはできないのに対し、現状回復ではそれが可能である点では、現状回復が有利である<sup>(23)</sup>。

また、当事者は、主位請求及び副位請求を示して申し立てることによって、不服申立方法に順位をつけて申し立てることができる。この順位に、裁判所は拘束されるとするのが一般的理解である<sup>(24)</sup>。当事者がこのような順位を申し立てなかった場合には、各不服申立方法によって異なる結果に至るのかそれとも同じ結果になるのかによってその取扱いとは異なる。異なる結果に至る場合には、より広い権利保護が保障される不服申立がまず最初に審査されるとされる。これに対して、同じ結果となる場合には、より簡単で、迅速かつ廉価で確実な方法で解決できる不服申立方法が優先される<sup>(25)</sup>。その際には、前述のような各不服申立方法の利点・欠点が考慮されることになる。

### ③異議制度の評価

このような異議制度は、立法当初から、オーストリア民事訴訟法の体系に馴染まないとの批判がされたにもかかわらず導入されたものである<sup>(27)</sup>。その批判の主たる点は、異議制度導入の根底には、判例が現状回復の要件を厳格に解していた点にあり、この要件を緩和すれば、オーストリア民事訴訟法に馴染みのない異議制度を導入する必然性はないという点と、区裁判所では絶対的弁護士強制が規定されていないのに、このような異議制度を導入するのは疑問との批判である<sup>(28)</sup>。異議の濫用による訴訟の引延しも懸念されたが、現在のところ実務上はこの濫用は確認されていない。むしろ、異議の提起は稀であると言われる<sup>(29)</sup>。しかし、複数の不服申立方法の存在によるその利用の混乱、金銭債権

以外の訴訟物に際しての異議の濫用の危険は残っていると言えよう。

そこで問題は、このような欠席判決に対する不服申立制度を、現在民訴法改正作業のわが国にあって、導入できるかである。欠席判決制度をとってないわが国民訴法において、直接これらの制度を導入することには、無理があらう。しかし、最近わが国で問題となっている消費者紛争における送達問題などを考慮すると、実質的欠席判決は存在し、その救済が論じられているところである。<sup>(30)</sup> 現在のところ、訴訟行為の追完（日本民訴法一五九条）と再審（同四二〇条）が救済手段として考慮されるが、本人訴訟を原則としてとるわが国においては、より簡易、迅速かつ廉価な救済手段の必要性は高いであろう。それゆえ、ここで紹介したオーストリア民訴法における異議制度は、立法作業において考慮すべき制度のように思われる。但し、その際には、他の救済制度との関係の明確化および濫用の危険性を十分に考慮すべきであることは言うまでもあるまい。

（注）

（一）Derbolav, Eine heimliche ZPO-Reform? Überraschungen im Entwurf eines Konsumentenschutzgesetzes, ÖRZ 1977 S.151f.

（二）オーストリア法においては、民訴法は弁論主義によって支配されているのではない。弁論主義と職権探知主義の中間形態の資料収集原則と言つてよいであろう。その意味で、協働主義とした。オーストリア民訴法学では、例えば、Holzhammer, Österreichisches Zivilprozessrecht, 2.Aufl.(1976), S.127f. は“Sammelmaxime”と表現する。また、Rechberger-Sinotta, Grundriß des österreichischen Zivilprozessrechts, 4.Aufl.(1994), S.140. は“der Abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz”（緩和された職権探知主義）と表現している。

（三）Fasching, Die Rechtsbehelfe gegen Versäumnungsurteile im deutschen und im österreichischen Zivilprozess, FS für Baur(1981) S.393. 参照。したがって、職権主義の支配する手続では、欠席判決制度は存在しない。詳細は、Rechberger (Arsg.),



ZPO (1994), S.886. 参照(11)。

(4) Rechberger (Arsg.), ZPO (1994), S.886 参照。真正・不真正欠席判決をめぐり議論に関わった Klicka, Wann ist ein "echtes" und wann ist ein "unechtes" Versäumnisurteil zu fällen?, JBl 1990, S.434ff. 参照。

(5) Fasching, Zivilprozessrecht, 2.Aufl., S.301; Holzhammer, aO., S.159; Rechberger (Arsg.), ZPO (1994), S.887. など参照。

(6) Fasching, Zivilprozessrecht, 2.Aufl., S.307-857; Holzhammer, aO., S.159; Rechberger (Arsg.), ZPO (1994), S.887.; Rechberger-Simotta, Grundriss, S.260ff. など参照。

(7) Derbolav, aO., S.151. 参照。なお、多くの事例において、この場合相手方の了解があった。

(8) Derbolav, aO., S.151. 参照。

(9) Berger, Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, ÖRZ 1981, S.2. 参照。

(10) オーストリア法では「占有侵害事件については特別の手続を規定している」。詳細は「Fasching, Zivilprozessrecht, 2.Aufl., S.832ff. 参照。

(11) Pinner, Die neuen Bestimmungen beim Widerspruch gegen das Versäumnisurteil, ÖJZ 1984, S.144.; Fasching, Zivilprozessrecht, 2.Aufl., S.839.; Rechberger-Simotta, Grundriss, S.255.

(12) Fasching, FS für Baur, S.389, 401.; Rechberger, Probleme bei der Bekämpfung des Versäumnisurteils nach § 396 ZPO, JBl 1981, S.179.

(13) 当事者が異議期間の経過前に弁護士添付を含む手続救助の認可を申し立てたときには、異議期間は決定の送達(弁護士が任命される場合)または決定の確定(弁護士添付が拒否された場合)をもって経過し始める。なお区裁判所手続においては、異議は口頭で調書にとられうる。調書は遅滞なく受訴裁判所に送付されねばならない(四三四条二項)。適時性は調書作成時が基準となる(Rechberger-Simotta, Grundriss, S.256.)。

(14) Fasching, FS für Baur, S.393; Rechberger-Simotta, Grundriss, S.256.; Rechberger (Arsg.), ZPO 1994, S.895.; Ballon, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren, 4.Aufl.(1993), S.180.

(15) つまり、被告は、異議において要求の特定、訴えの請求を争う場合には、それを根拠づける事実を個々に手短かにかつ完全に主張しなければならぬし、同様に証拠方法を個々に示さねばならない。ところが、この義務を怠ったときのサンクションをオーストリア民法は何ら規定しなかった。そこで、異議における被告の答弁義務というこの方式は手続集中化の適正な手段といえるか

に疑問が提示されている。この問題であるのは、白紙の異議の場合である。判例は、白紙の答弁書を認めているから、これを覆すのは(OLG Granz JBl 1981, S.383; LGZ Wien MietStG 32.S.699, 37.S.572; HG Wien WR S.285.参照)。差押えである。差押えは、Pimmer, aO., S.145; Petrasch, Die Zivilverfahrens-Novelle 1983 in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, ÖJZ 1985, S.261; Rechberger-Simotta, Grundriss, S.257.などである。該記を断つのは、Fasching, FS für Baur, S.398; König, O tempora-o reformatores! Bemerkungen zum "Einspruchssystem" der Regierungsvorlage eines Konsumentenschutzgesetzes, ÖJZ 1978, S.284; Rechberger, JBl 1981, S.383f.などである。

(9) Petrasch, aO., S.263; Fasching, Zivilprozessrecht, 2.Aufl., S.312f.; Rechberger-Simotta, Grundriss, S.258.参照。

(10) 押収執行(Ezekution zur Sicherstellung)とは、ユベニ法をこの国の収執に(宣言)に用いるのである。しかし、この執行は、差押え段階を越えることになく、満足(配当)に始まるから排除されている。この点について、満足にまで至る収執行とは異なる。この執行方法については、Rechberger-Simotta, Ezekutionsverfahren, 2.Aufl., (1992), S.467ff.; Holzhammer, Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 4.Aufl., (1993), S.409ff.や参照のあり。

(8) Rechberger(Arsg.), ZPO 1994, S.893.参照。だが、この執行を認めることは、債務名義なき執行を許容するにとどまり、執行法の基本原則に反する危険があることを指摘しなければならない。詳細は、Rechberger, aO., JBl 1981, S.181.参照。その後、一八三年の民法改正で、債権者の責任は、押収執行の開始と続行につき重大な過失があった場合に限定されている(執行法三十三条二項後文)。

(6) Reindl, Zum Widerspruch gegen ein Versäumnungsurteil nach § 398 ZPO, JBl 1985, S.794; Fasching, Zivilprozessrecht, 2.Aufl., S.309; Pimmer, aO., S.143f.; Petrasch, aO., S.263.など参照。

(2) Rechberger, Zum Widerspruch gegen das Versäumnungsurteil nach § 398 ZPO, RdW 1985, S.7; Wienerroither, Die Bekämpfung von Säumnisfolgen der Partei im zivilgerichtlichen Verfahren unter Berücksichtigung des innerstaatlichen Rechtsvergleichs (1988), S.137; Mayr, Entscheidungsanmerkung, JBl 1984, S.561; Rechberger-Simotta, Grundriss, S.255.参照。

(12) Meier, Widerspruch gegen Versäumnungsurteile, ÖJZ 1981, S.91; Rechberger, aO., JBl 1981, S.184f.; Fasching, FS für Baur, S.395; Rechberger-Simotta, Grundriss, S.260.など参照。

(22) 差押え, Rechberger, aO., JBl 1981, S.182f.; Rechberger(Arsg.), ZPO 1994, S.897.など参照。したがって Fasching, FS

für Baur, S.396; Wienerroither, aaO, S.160f. は訴訟経済を理由に異議を優先する。また Meier, aaO, S.96. は、時間的に先行する方を優先せしめる。

- (23) 詳細は、Rechberger, aaO, JBl 1981, S.183.; Rechberger(Atsg.), ZPO 1994, S.897. など参照。とくに異議と現状回復が同時に提起される場合には、このような考慮が必要とされる。しかし、訴訟経済から異議を優先すべきとの見解も有力に主張されている(例として、Fasching, FS für Baur, S.396; Wienerroither, aaO, S.160f. 参照)。

- (24) Fasching, Zivilprozessrecht, 2.Aufl., S.857f.; Rechberger, aaO, JBl 1981, S.184.; Ballon, aaO, S.181.; Wienerroither, aaO, S.154f.; Rechberger-Simotta, Grundriss, S.261.LGZ Wien Mietslg 22.S.627; OLG Linz AnwBl 1992, S.507. など参照。また Meier, aaO, S.94. などにも見られる。

- (25) Rechberger, aaO, JBl 1981, S.185.; Rechberger-Simotta, Grundriss, S.261.°

- (26) Fasching, Zivilprozessrecht, 2.Aufl., S.857f. 参照。また、控訴と現状回復が重複する場合とは、控訴がより広範な権利保護をもたらすにもかかわらず、控訴を優先すべきとの見解もある(Rechberger, aaO, JBl 1981, S.185.; Rechberger-Simotta, Grundriss, S.261f.)。訴訟経済から現状回復を優先すべきの見解(Fasching, FS für Baur, S.396; Wienerroither, aaO, S.160f.) または時間的に先行するものを優先するとの見解(Holzhammer, aaO, S.159f.; Meier, aaO, S.96.) があるが、これらと異議、控訴、現状回復の三つの救済方法が重複する場合にも、同様の議論がある。Rechberger, aaO, JBl 1981, S.185.; Rechberger-Simotta, Grundriss, S.261f. は、権利保護の観点から、控訴、現状回復、異議の順に判断されることを主張するが、Fasching, FS für Baur, S.396. は、訴訟経済の観点から、異議、現状回復、控訴の順を主張する。
- (27) Derbolav, aaO, ÖRZ 1977 S.151f.; König, aaO, ÖJZ 1978, S.281ff. 参照。
- (28) Derbolav, aaO, ÖRZ 1977 S.151.
- (29) Fasching, FS für Baur, S.401, Anm(44); Pinner, aaO, ÖJZ 1984, S.147 参照。
- (30) 最判平成四年九月一〇日民集四六卷六号五五三頁など、判例において最近の主たる争点となっている。

## 二 消費者訴訟における管轄問題

消費者保護法による第二の民訴法改正は、消費者訴訟事件における管轄に関する問題である。<sup>(1)</sup>つまり、消費者訴

訟事件において特別の管轄規制が行われたのである。しかも、それは、消費者利益に規制されたものであった。<sup>(2)</sup>これは、割賦販売法（PatG）による割賦購入者の保護のために創設された特別の管轄規制<sup>(3)</sup>が、消費者保護法一四条によつて消費者訴訟事件へ拡張されたものであった——なお、一九八三年民訴法改正によつて管轄違ひの治癒の点でさらに改正されているが、この点については次号——。

この改正でポイントとなるのは、合意管轄に関してである。そして、この改正は、消費者に対する訴えの場合と、企業に対する訴えの場合とに分けて規律されている。まず、消費者に対する訴えの場合であるが、消費者が国内に住所、居所を有する場合には、その管轄区域内に被告の住所、居所がある裁判所のみが管轄権を有する。また、履行地（裁判管轄法（Z）八八条）、手形の支払地（同八八条）及び複数の手形債務者がいる場合の裁判籍（同九三条二項）、並びに消費者との合意裁判籍（同一〇四条一項）については、その管轄裁判所が、その管轄区域内に消費者の住所、居所または就業地がある裁判所である場合にのみ管轄権を有する。なお、この場合、消費者が管轄合意の時点でその裁判所の管轄区域内に住所等を有していればいいとされ、事後的な住所等の変更は、合意の妥当性とは関係ないとされている。<sup>(4)(5)</sup>

企業に対して消費者が訴えを提起する場合には、消費者保護法一四条三項により、企業に対する消費者の訴えに關し、法定裁判籍を排除する合意は、消費者（及びその権利承継人）に対して無効となる（相対的無効）。

〔関連条文訳〕

（消費者保護法一四条（現行）——試訳）

- (1) 消費者が国内に住所、居所を有するときまたは国内で就業するときには、裁判管轄法八八条、八九条、九三条二項および一〇四条一項による消費者に対する訴えに關しては、その管轄区域内に住所、居所または就業地が存する裁判所のみが管轄できる。

(2)裁判所の管轄違いは、手続がいかなる段階にあるを問わず、申立てに基づきまたは職権でこれ进行处理することができる。しかし、管轄違いの治癒に関する規定(裁判管轄法一〇四条三項)を適用することができる。

\*一九八三年改正により二項は改正される。一九七九年の法規定は次のように規定されていた。

(一四條二項)

裁判所の管轄違いは、手続がいかなる段階にあるを問わず、申立てに基づきまたは職権でこれを主張することができる。管轄違いは、被告が弁論において裁判官の指示にもかかわらず、応訴し、かつこの指示が弁論調書に記載されることによってのみ排除できる。裁判官による指示は、被告が弁護士または公証人によって代理されている場合には許されない。

(3)経営者に対する消費者の訴えにつき、法定裁判籍を排除する合意は、消費者に対して法的に無効である。

このように、消費者訴訟事件において合意管轄の適法性が広範に制限される立法は、比較法的に見ても、すでに一九七四年のドイツ改正法(ドイツ民訴法二九条二項、三八条一項、一九七五年のフランス新民訴法典(四八条)により実施されてきた合意管轄の制限と同一線上にあると言えよう。わが国における民訴法改正議論においても、この点は改正対象となっている(民事訴訟手続に関する改正要綱試案・第一管轄 三三)。ドイツ法をモデルとした本案・「紛争の発生前にした管轄の合意は、当事者の双方が法人又は商人である場合にのみ効力を認めるものとする」が提示されているが、管轄合意をした当事者が法人又は商人か否かによって、合意につき完全に異なる取扱いをすることの合理性に疑問の余地があるのではないかと、商人に該当するか否かの判断の問題などが提示されている(民事訴訟手続に関する改正要綱試案補足説明八頁)。その意味では、むしろこのような疑問も生じないオーストリア法的立法のほうが、わが国民訴法改正にとって有益な示唆を与えてくれるように思われる。

### 三 証書訴訟手続等における改正

消費者保護法による民訴法の第三の改正点は、証書訴訟手続等における改正である。つまり、証書訴訟手続（Mandatsverfahren）、手形・小切手訴訟手続（Das Verfahren in Wechsel- und Scheckstreitigkeiten）及び賃貸借訴訟手続（Bestandverfahren）<sup>(7)</sup>の特別訴訟手続において、期間の統一化と被告の異議（Einwendungen）についての同時提出主義が排除されたのである。<sup>(8)</sup>前者は、例えば手形債権などのように、より短期の給付および異議期間が要請されるように、その法領域によって、期間の長短の要請は異なる。しかし、立法者は、外国では送達に際して被告は、オーストリアの弁護士を選任しなければならないなど過大な要求をされることから、一四日の期間に統一したのであった（Bz. S. 55; 民訴法五五〇条二項、五五七条一項、五七一条一項）<sup>(9)</sup>。また後者は、同時提出主義による異議の濫用などの弊害の発生を考慮したものである。<sup>(10)</sup>つまり、被告は、民訴法一七九条の準用により、口頭弁論終結まで事実陳述と証拠の申立てを補充及び変更できるのである。<sup>(11)</sup>

### 四 団体訴訟の導入

第四の民訴法改正のポイントは、団体訴訟（Verbandsklage）<sup>(12)</sup>の導入である。消費者利益の保護のために、団体に不作為請求権が認められた。消費者保護法では、二八条乃至三〇条において規定される。団体訴訟は、不正競争防止法一四条により導入されたもので、それが消費者利益保護のために、消費者保護法においても認められたものである。消費者保護法による団体訴訟では、取引行為において、締結する契約の基礎となる一般的取引条件の中で、またはその際使用された契約の申込用紙において、法定の禁止規定もしくは（公序）良俗に反する条件を規定する者に対して、不作為請求を訴求しうるのである（二八条）。そして、この場合の訴求権限者となるのが、消費者情報団

体、連邦商業会議所、オーストリア労働者団体会議、オーストリア農業労働者団体会議などである（二九条参照）。なお、団体訴訟については、別稿にて詳細に論じる予定である。

そのほか、消費者保護法によって、再審の訴えも拡張されている（民訴法五三〇条以下参照）<sup>(13)</sup>。

(注)

(1) この問題については、Jelinek, Gerichtszuständigkeit im Verbraucherprozeß, in: Krejci(Hrsg.), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz(1981), S.859ff.; Steiniger, Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des KSchG, in: Krejci/Schlichter/Steiniger, Konsumentenschutzgesetz, ABGB und Verfahrensrecht(1978), S.77ff.; Berger, Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes, ÖRZ(1981), S.1ff.; Reuberger-Simotta, Grundriss, S.61.; Fasching, Zivilprozessrecht, 2.Aufl., S.154.などを参照。

(2) 消費者側に有利なこうした規制は、平等原則に反するのではないかの指摘がなされた。この点についての詳細は、Berger, aaO., ÖRZ(1981), S.1.参照。

(3) 一八九六年の割賦販売法六条および後の一九六一年の割賦販売法一二条が基礎となっている(Jelinek, aaO., S.864ff.参照)。ちなみに割賦販売法一二条は、次のように規定する。

(割賦販売法一二条)

(1) 買主が国内に住所、居所を有するときまたは国内で就業するときには、その割賦販売にもとづき、その管轄区域内に住所、居所または就業地が存する裁判所にも買主を訴えることができる。割賦販売に複数の買主が関与するときには、それらの買主の一人の裁判籍があれば、全員を訴えることができる。

(2) 裁判所の管轄違いは、手続がいかなる段階にあるを問わず、申立てに基づきまたは職権でこれを主張することができる。管轄違いは、被告が弁論において裁判官の指示にもかかわらず、応訴することによってのみこれを排除できる。この指示は弁論調書に記載することを要する。

(3) 省略

(4) Jelinek, aaO., S.890.; Fasching, Zivilprozessrecht, 2.Aufl., S.154.参照。

- (5) なお、消費者が国内に住所も居所も有さない消費者については、一般規定（裁判管轄法六五条乃至一〇四条）による管轄裁判所で訴求することができる。このような規定が、存在しない場合には、裁判管轄法二八条が適用される（Fasching, Zivilprozessrecht, 2.Aufl., S.154. 参照）。
- (6) 高島義郎「管轄合意をめぐる問題点」新・実務民事訴訟講座一卷二三五頁参照。ドイツ法については、ライポルト（上田徹一郎訳）「ドイツ連邦共和国における最近の民事法上の消費者保護」民商七六卷四号五七八頁以下、石川明「ドイツ民法三八条（新規定）のこと」判タ四六〇号二頁など参照。
- (7) これらの手続に関するのは、Fasching, Zivilprozessrecht, 2.Aufl., S.1043ff.; Rechberger-Simotta, Grundriss, S.496ff. 参照。手形・小切手訴訟事件に関するのは、Heil, Das Wechselverfahren nach der Novellierung des § 557 Abs 1 ZPO durch § 37Z 15 KSchG, ÖRZ 1980, S.219ff. 参照。
- (8) Berger, aao, ÖRZ(1981), S.4. 参照。
- (9) Berger, aao, ÖRZ(1981), S.4. は、登記簿事件における抗告期間の場合のように外国での送達の場合については特別の規定をすることではなかったのではないかとの疑問を提示している。
- (10) Berger, aao, ÖRZ(1981), S.4. はまた、陳述を事件により制限しているこの種の手続では、立法者の言うような悪しき状況は生じないという疑問を記す。
- (11) Fasching, Zivilprozessrecht, 2.Aufl., S.1046/1051/1057f. 参照。
- (12) Feizinger, Die “Verbandsklage”, ÖJZ 1977, S.477ff.; Jelinek, Die Verbandsklage (§§ 28-30), in: Krejci(Hrsg.), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz(1981), S.785ff.; Schoibl, Die Verbandsklage als Instrument zur Wahrung “öffentlicher” oder “überindividueller” Interessen im österreichischen Zivilverfahrensrecht, ZERV 1990, S.3ff. 参照。
- (13) Berger, aao, ÖRZ(1981), S.3f. 参照。